مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شمارهٔ پیاپی ۱۰۲
پاییز ۱۳۹٤، ص۸۷- ۵۹

فتوای معیار در قانونگذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران*
(نگاهی دوباره به مفهوم اعلمیت در منظومه فقه حکومتی شیعه)

هادی حاج زاده
دانشجوي دكتراي حقوق عمومي پرديس قم دانشگاه تهران
Email: h.hajzadeh@ut.ac.ir

چکیده
«قانون‌گذاری» در هر نظام حکومتی بی‌تردید مبتنی بر مبانی فکری- فلسفی آن نظام است و بر جهان‌بینی خاص آن نظام استوار می‌شود. بر همین اساس، در یک جامعه اسلامی، باید دستورات شرعی ملاک قانون‌گذاری قرار گیرند تا آن قوانین برای مردم جامعه اسلامی حجیت داشته باشد.

در این تحقیق ضمن بیان مختصری از پیشینه تاریخی بحث، به بررسی احتمالات مختلف در باب فتوای معیار در قانون‌گذاری پرداخته‌ایم که این احتمالات عبارت‌اند از: فتوای مشهور فقها، فتوای مبتنی بر احتیاط، فتوای فقیه اعلم، هر فتوای فقهی و به این نتیجه رسیده‌ایم که با توجه به مبانی فقهی، فتوای فقیه اعلم به حجیت نزدیک‌تر است. سپس با اشاره به معیارهای «اعلمیت» در فقه سیاسی به این نتیجه رسیده‌ایم که در یک حکومت اسلامی، فقیه اعلم همان «فقیه حاکم» است که خبرگان جامعه اسلامی بر اعلمیت او در اداره امور جامعه بر اساس موازین اسلامی گواهی داده‌اند. در گام آخر و با توجه به مقرره فوق، رویه موجود در نظام جمهوری اسلامی در خصوص فتوای معیار در قانون‌گذاری تبیین و تشریح شده است و بیان شده که حکم و فتوای فقیه حاکم یا به‌طور مستقیم و یا با یک تحلیل ثانویه و به‌واسطه تفویضی که در قانون اساسی مندرج است (تفویض به مجلس در اتخاذ هر فتوای فقهی و تفویض به فقهای شورای نگهبان در اعمال نظر فقهی خویش) ملاک قانون‌گذاری در جمهوری اسلامی قرار می‌گیرد و لذا مشروعیت و حجیت قوانین در جمهوری اسلامی، نهایتاً قابل استناد به حکم فقیه حاکم است.

کلیدواژه‌ها: اعلمیت، قانون‌گذاری، فتوا، حکم.

---

*. تاریخ وصول:۱۳۹۲/۰٤/۳۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۱۰/۰۹.

مقدمه

اساساً یکی از مبانی شکل‌گیری نهضت اسلامی به رهبری امام خمینی (ره) را باید تحقق ابتنای قوانین بر دستورات و احکام شرعی دانست. بر همین اساس مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد: «... قانون‌گذاری که مبین ضابطه‌های مدیریت اجتماعی است بر مدار قرآن و سنت، جریان می‌یابد؛ بنابراین نظارت دقیق و جدی از ناحیه اسلام‌شناسان معادل و پرهیزگار و متعهد (فقهای عادل) امری محتوم و ضروری است...»

اما قانون اساسی برای تحقق این امر، مسیر پرفراز و نشیبی را در ماه‌های آغازین انقلاب طی کرد و نظرات مختلف و متفاوتی در این‌باره در تدوین آن ارائه گردید که بررسی آن‌ها به روشن شدن مفهوم و ماهیت قانون‌گذاری در نظام جمهوری اسلامی کمک می‌کند.

در پیش‌نویس اولیه قانون اساسی، شورای نگهبان به شکل کنونی آن مورد توجه نبوده و لذا به‌عنوان مثال در اصل چهارم پیشنهادی صرفاً مقرر شده بود «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی و غیره باید با رعایت کامل موازین اسلامی باشد» (مشروح مذاکرات، ۳۱۳). قبل از تدوین جزء اخیر و کنونی اصل چهارم قانون اساسی، در مجلس بررسی نهائی قانون اساسی راه‌حل‌های مختلفی به‌منظور نظارت بر این وظیفه مجلس شورای اسلامی به این شرح پیشنهاد شده بود: نظارت فقهاء و مجتهدین (مکارم، مشروح مذاکرات، ۳۴۷)، نظارت فقیه اعلم جامع‌الشرایط یا فقیه اعلم زمان (طاهری اصفهانی، مشروح مذاکرات، ۳۴۷)، نظارت فقهای جامع‌الشرایط (فوزی و ضیائی، مشروح مذاکرات، ۳۴۸)، نظارت شورای نگهبان (آیت، مشروح مذاکرات، ۳۴۹)، نظارت شورای فقها (حائری، مشروح مذاکرات، ۳۵۰)، نظارت شورای رهبری (رشیدیان، مشروح مذاکرات، ۳۵۱)، نظارت مجتهدان طراز اول (ربانی شیرازی، مشروح مذاکرات، ۳۵۳).

پیشنهادات اول، سوم، پنجم و ششم با این استدلال مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد که «تشخیص باید بر عهده یک مقام یا فرد یا گروهی باشد که خیلی صریح بشود آن‌ها را مشخص کنیم و مطلق فقها قابل تشخیص نیست و شاید مطلق مراجع هم قابل تشخیص نیست» (نائب رئیس، مشروح مذاکرات، ۳۴۷)؛ به عبارت دیگر «اگر بخواهیم این کار را محول بکنیم به فقهای جامع‌الشرایط زمان این یک معیار و ضابطه بخصوصی ندارد ... بنابراین باید تحت یک معیار و ضابطه در بیاید.» (منتظری، مشروح مذاکرات، ۳۵۰)

پیشنهاد فتوای فقیه اعلم نیز با این اشکال مواجه شد که «اگر در یک زمان یک فقیه اعلم

مشخص نداشته باشیم و دو یا سه نفر مساوی داشتیم که مکرر هم پیش مـی‌آیـد خصوصـا در اوائل مرجعیت و این‌ها نظرات مختلفـی داشـتند تکلیـف چیسـت ». (نائـب رئـیس، مشـروح مذاکرات، ۳۵۵)

همچنین پیشنهاد «شورای نگهبان» نیز با این انتقاد مواجه شـد کـه اگـر نظـر کلیـه اعضـای شورای نگهبان (اعم از حقوقدانان و فقها) مـلاک قـرار داده شـود چـه بسـا در یـک موضـوع، اکثریت فقها مخالف باشند اما به دلیل رأی حقوق‌دانان، آن موضوع، مورد تأیید واقع شـود؛ بـه عبارت دیگر نمی‌توان تشخیص مخالفت یا موافقت اطلاقـات و عمومـات قـوانین بـا مـوازین اسلامی را به غیر متخصصین ارجاع داد. (مشروح مذاکرات، ۹۶۳)

در این بین پیشنهاد می‌شود که «تشخیص این امر بر عهده فقهـای شـورای نگهبـان» باشـد (منتظری، مشروح مذاکرات، ۳۵۰) که این پیشنهاد با اقبـال مواجـه شـده و نهایتـا بـه تصـویب می‌رسد و به اینصورت، «مرجعِ تشخیص» انطباقِ قوانین بر موازینِ اسلامی معلوم می‌گردد امـا در خصوص «ملاک تشخیص» به صراحت در این مباحثات، سخنی بـه میـان نمـی‌رود کـه آیـا ملاک تشخیص نیز نظر فقهی خودِ فقهای شورای نگهبان است یا آنکه این فقها مکلـف‌انـد بـر اساس یک ملاک و معیار دیگر، مبادرت به تشخیص نمایند.

بر این اساس در این پژوهش ابتدا نگاهی اجمالی خواهیم داشت به احتمالات مختلفی کـه درخصوص «ملاک تشخیص انطباق قوانین بر موازین اسلامی» قابل اعتنا و توجه می‌نمایانـد و سپس با توجه به تحول مفهوم اعلمیت در فقه سیاسی به تحلیل رویه جـاری قـانون‌گـذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران از این منظر خواهیم پرداخت.

مهم‌ترین احتمالات درخصوص فتوای معیار در قانون‌گذاری به این شرح است:

۱- فتوای مشهور

درخصوص فتوای معیار در قانون‌گذاری اولین نظری که قابل توجه و بررسـی مـی‌نمایانـد این نظر است که مجلس شورای اسلامی وظیفه دارد با توجه به فتوای مشهور فقها به تدوین و تصویب قوانین مبادرت کند و فقهای شورای نگهبان نیز وظیفه دارند مصوبات مجلس شـورای اسلامی را با فتوای مشهور فقها انطباق داده و در صورت عـدم مخالفـت آن مصـوبه بـا فتـوای مشهور، آن را مورد تأیید قرار دهند؛ به عبارت دیگر، «شرعی بودن» یک مصوبه مجلـس بـه آن است که مخالف با فتوای مشهور فقهای امامیه نباشد.

یکی از فقهای معاصر در این زمینه بیان می‌دارند: «چون بـین آرای فقهـاء اخـتلاف وجـود دارد و قانون نیز باید بر طبق نظر فقهاء تصویب شود لذا بر اساس ادله شوری در اسلام، به نظر اکثریت فقهاء باید عمل شود» (شیرازی، الفقه، ۹).

یکی از صاحبنظران در این زمینه نیز بیان می‌دارد: «... مقـام قـانون‌گـذاری کـه در حقیقـت مرحله پیاده کردن کلیات اسلام است در فرم قانون، آیات شریفه قرآن، روایات ائمه معصـومین (صلوات‌الله‌علیهم‌اجمعین) و فتاوی مشهور فقها را از فرم فقهی و علمی به فرم قانونی مـی‌آورد ...» (یزدی، پیرامون ولایت فقیه، ۳۷۰).

ایشان در جای دیگری با صراحت بیشتری بیان می‌دارد: «بطـور فهرسـت‌وار در خصـوص اینکه کدام اسلام ملاک عمل است باید گفت در ضروریات اسلامی یک راه بیشتر نداریم و در موارد اختلاف در فروعات جزئیه نیز فتوای مشهور مقدم است و اگر در مورد اختلافی دلیل در دست نباشد نظر ولی امر حاکم به دلیل حاکمیت مقدم خواهد بود و همچنـین در مـواردی کـه نظر او با نظر مشهور اختلاف داشته باشد به علت شعاع قانون نظـر مشـهور بـر آن تقـدم دارد» (یزدی، شرح و تفسیر قانون اساسی، ۷۷-۷۸)

در مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی و در پاسخ به ابهامـات نسـبت بـه رابطه رهبری و فقهای شورای نگهبان نیز اینگونه اظهارنظر شده است که «رهبری کسانی را در این شورا قرار می‌دهد که افکارشان با مشهور وفق می‌دهد» (تهرانی، ۹۷۴) و لـذا قاعـدتا بایـد وظیفه مجلس شورای اسلامی نیز تدوین قوانین بر اساس رأی مشهور فقها باشد تا تطـابق بـین مصوبه مجلس و نظر فقهی شورای نگهبان (که مبتنی بر نظر مشهور فقهاست) تأمین شود.

اما آیا براستی «مشهور فقها» می‌تواند به عنوان یک منبع مسـتقل فقهـی مـورد اسـتناد قـرار بگیرد و در زمره موازین اسلامی قلمداد شود؟ آیا در همه موضـوعات، شـهرت فتـوائی تحقـق یافته و قابل استخراج است؟ اگر در یک موضوع، مشهور فقهای یک زمان بر یک نظـر خـاص بود و مشهور فقهای یک زمان دیگر بر نظری دیگر، مشهور کدام فقها (متقدم، متأخر یا معاصر) باید ملاک عمل قرار گیرد؟ آیا مجلس شورای اسلامی که اغلبِ اعضای آن را افراد غیر فقیـه و غیرآشنا با مسائل فقهی - اصولی تشکیل می‌دهند می‌توانند فتوای مشهور را اسـتخراج کـرده و بر مبنای آن عمل کنند؟ در مسائل مستحدثه که اختلاف نظر فقها عموما زیاد اسـت و یـا امـور عرفیه که فقها معمولا اظهارنظر نکرده‌اند و یا در تشخیص موضوعات که اساسـا محـل صـدور فتوا نیست، وظیفه مجلس شورای اسلامی چه می‌شود؟ آیا فقهای شورای نگهبان که دارای قوه

اجتهاد هستند مجاز هستند که به صرف فتوای اغلب فقها به یک موضوع و بدون بررسی فقهی آن، به آن نظر رأی دهند و به عبارت دیگر آیا «تقلید» فقها و مجتهدان شورای نگهبان از فتوای «مشهور» فقها، جائز شمرده می‌شود؟

برای پاسخ به این ابهامات ابتدا لازم است که حجیت فتوای مشهور از لحاظ اصولی و فقهی مورد بررسی قرار گیرد چرا که با توجه به مبانی اسلامی نظام جمهوری اسلامی و مبانی فقهی قانون اساسی، صرفا نظریاتی را می‌توان به عنوان بنیان‌های نظری نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران پذیرفت که مبتنی بر آموزهای فقهی پذیرفته شده باشد.

به‌طور کلی شهرت در اصطلاح فقه در سه معنا به کار می‌رود: شهرت روایی، شهرت عملی و شهرت فتوایی (جناتی، منابع اجتهاد، ۱۱۵).

در شهرت روایی کثرت ناقلان و راویان حدیث مطرح است و حدیثی که راویان زیادی آن را نقل کرده‌اند ولی تعداد آن‌ها به حد تواتر نمی‌رسد را حدیث مشهور می‌نامند.

اختلافی وجود ندارد که این «شهرت»، یکی از مرجحات است و روایتی که راویان بیشتری آن را نقل کرده‌اند، بر روایت متعارض خود ترجیح دارد (جناتی، منابع اجتهاد، ۱۱۶).

شهرت عملی به این معناست که عمل و استناد به یک روایت در نزد بسیاری از فقها وجود داشته باشد اعم از اینکه آن حدیث را راویان زیادی نقل کرده باشند یا خیر.

این شهرت به عقیده بسیاری از فقها ضعف سند خبر را جبران می‌کند و هرگاه یک خبر ضعیف از سوی فقهای زیادی مورد استناد واقع شود، با این عمل، ضعف سند جبران می‌شود (محقق داماد، مباحثی از اصول فقه، ۱۴۶).

اما شهرت فتوائی به این معناست که یک فتوا مورد اتفاق عده زیادی از فقهاء بوده ولی به حد اجماع نرسیده باشد. در مورد حجیت شهرت فتوائی، اتفاق نظر وجود ندارد.

برخی آن را مطلقا دارای اعتبار و حجیت می‌دانند (شهید اول، الذکری، ۲۵/۱) ، برخی با رد استدلال‌های گروه نخست، حجیت آن را نمی‌پذیرند (شیخ انصاری، فرائدالاصول، ۱۶۷/۱–۱۷۰؛ آخوند، کفایه، ۳۳۶) و برخی نیز با تفصیل بین شهرت قدما و متأخران، تنها شهرت بین قدما را حجت می‌دانند (بروجردی، نهایةالاصول، ۹۹/۳–۱۰۰؛ امام خمینی، تهذیب‌الاصول، ۱۶۹/۲؛ همو، انوارالهدایه، ۲۶۲/۱) .

ادله موافقان حجیت فتوای مشهور

غالبا حجیت فتوای مشهور را به شهید اول منسوب می‌کنند و ایشان را صریح‌ترین طرفدار

این نظریه و بلکه تنها طرفدار آن می‌دانند. وی صرفا به دو دلیل تمسک جسته اما فقهای دیگر در ضمن بررسی حجیت فتوای مشهور به استدلال‌های محتمل دیگر نیز اشاره کرده و به آن‌ها پاسخ گفته‌اند.

عمده این استدلال‌ها در اثبات حجیت فتوای مشهور به این شرح است:

آ) ملاک حجیت خبر واحد، ظن‌آور بودن آن است و چون همین علت (ظن‌آور بودن) در شهرت فتوایی نیز وجود دارد، لذا شهرت فتوایی نیز دارای حجیت و اعتبار خواهد بود (شهید اول، الذکری، ۲۵/۱).

ب) عدالت فقهاء مانع از آن می‌شود که بدون داشتن علم، فتوا صادر کنند و دلیلی هم بر اشتباه آن‌ها در دست نداریم (همان).

ج) انسداد باب علم و نیز علمی (ظن خاص و معتبر) در زمان غیبت و عدم دسترسی به معصوم باعث می‌شود تا هر نوع ظنّی و از جمله شهرت فتوایی را حجت بدانیم .

د) با توجه به آیه نبأ که بیان می‌دارد «اگر «فاسقی» خبری برای شما آورد، در مورد آن خبر «تحقیق» کنید» و از مفهوم مخالف آن می‌توان نتیجه گرفت که پس اگر «عادلی» خبری آورد، نیاز به تحقیق نیست و وجوب «تبین» از بین خواهد رفت و به طریق اولی اگر جمعی از «عدول» که فقیه هم هستند بر مطلبی گواهی دادند، بدون تبین می‌توان به آن عمل کرد و به عبارت دیگر دارای حجیت خواهد بود (جناتی، منابع اجتهاد، ۱۱۸).

هـ) روایاتی از قبیل مرفوعه زراره و مقبوله عمر ابن حنظله، بر حجیت پیروی از نظر مشهور اشعار دارند.

نقد و بررسی دلائل موافقان حجیت قول مشهور

آ) استناد و قیاس به حجیت خبر واحد: اولین استدلال شهید دارای این مقدمات و نتیجه است: خبر واحد حجت است – دلیل حجیت خبر واحد ظن‌آور بودن آن است – فتوای مشهور نیز مانند خبر واحد ظن‌آور است – پس فتوای مشهور نیز حجت است. در این استدلال شهید دو ایراد عمده نهفته است: یکی اینکه درست است که خبر واحد غالبا ظن‌آور است اما در هیچ کدام از ادله حجیت خبر واحد این تعلیل دیده نشده است که خبر واحد به دلیل ظن‌آور بودن، حجت باشد، بلکه علمای اصولی گفته‌اند که هرگاه خبر واحدی دارای شرایط خاصی باشد معتبر است، اگر چه ظن‌آور نباشد (جناتی، منابع اجتهاد، ۱۱۷–۱۱۸). به علاوه در این موضوع که اساسا «شهرت»، ظن‌آور باشد نیز تردید وجود دارد (کوه‌کمره‌ای، ۴۴۱)؛ و ثانیا اینکه قیاس

خبر واحد با فتوای مشهور از نوع قیاس باطل در فقه امامیه است و قابل اعتنا نمی‌باشد.

ب) استناد به عدالت فقهای پیشین: اولا علم هر فرد فقط برای خـود او حجیـت دارد و نـه برای دیگران و چه بسا ممکن است دلیلی که برای یک فرد معتبر بوده و حجیـت داشـته و بـر اساس آن فتوا صادر کرده است برای دیگری معتبر نباشد. ثانیا اینکه وجود عدالت، امکان بـروز خطا و اشتباه را در فقهای سلف ساقط نمی‌کند و چه بسا آن‌ها در اسـتنباط فقهـی خـود دچـار خطا و اشتباه شده باشند (آشتیانی، بحرالفوائد، ۱۱۵/۲).

ج) دلیل انسداد باب علم و علمی: به طور کلی درخصوص انسداد، دو طیف فکری در بین علمای شیعه وجود دارد. گروهی معتقدند شارع مقدس هم علم به احکام را حجـت دانسـته و هم برخی از ظنون خاصه (علمی) را و با کمک از این دو می‌توان بسیاری از احکـام شـرعیه را استخراج کرد و لذا تمسک به مطلق ظن برای خروج از انسداد هیچ جایگاهی ندارد. در مقابل، گروه دیگر معتقدند شارع مقدس صرفا علم به احکام را حجت دانسـته و چـون علـم (قطـع و یقین) نسبت به بسیاری از فروعات با وجود عدم دسترسـی بـه معصـوم امکـان نـدارد و هـیچ طریقه ظنی معتبری نیز از سوی شارع معرفی نشده است لذا ناچاریم که برای عـدم خـروج از دین و اهمال دستوراتی که علم اجمالی به صدور آن‌ها داریم و با توجه به حکم عقل بـه همـه ظنون عمل کنیم مگر آنکه دلیل خاصی از شارع مبنی بر عدم حجیت یک ظن خاص وارد شده باشد (مانند آنچه در مورد قیاس آمده است).

پرداختن به ادله هر یک از دو دیدگاه مجالی مجزا می‌طلبد که از حوصله این بحث خـارج است و لذا صرفا به ذکر این نکته بسنده می‌کنیم که اعاظم علمای اصـولی بـه‌ویـژه متـأخران و معاصران، طرفدار نظریه انفتاح هستند و در زمان حاضر نظریه انسداد از طرفداران بسیار اندکی برخوردار است .

د) عدم وجوب تبین در خبر عادل: در رد استناد به آیه «ان جاءکم فاسق ...» بیان شده است که در آیه مذکور نه در علت حکم می‌توان بطور قطعی اظهار نظر کرد و نـه در مـورد انحصـار این علت و معلوم نیست که علت حکم، علت منحصر باشد؛ به عبارت دیگر صرف این کـه از مفهوم شرط استفاده شود که وجوب «تبین» دایر مدار خبر فاسق است، معنایش این نیسـت کـه پس علت تامه وجوب «تبین»، خبر فاسق است و هر جـا خبـر دهنـده، فاسـق نباشـد وجـوب «تبین» نیست (جناتی، منابع اجتهاد، ۱۱۸).

هـ) استناد روایی: در خصوص استنادات روایی مطرح شده، اصولیان بحـث‌هـای مفصـل و

فروانی را صورت داده‌اند که حاصل‌جمع آن عدم امکان اثبات حجیت فتوای مشهور با توجه به این دو روایت است .

و) همچنین اگر استناد به ادله شوری را به عنوان یکی از دلائل حجیت فتـوای مشـهور بـه حساب بیاوریم (بر اساس نظر آقای سیدمحمد شیرازی)، در پاسخ به آن بایـد متـذکر شـد کـه استناد به شوری در اثبات حجیت عمل به فتوای مشهور فقها نیز استدلال تـام و کـاملی نیسـت چرا که اولا در ادله شوری (به ویژه آیه کریمه وَ شَاوِرهُم فِي الأَمرِ، فَإذا عَزَمْتَ فتوَكَّلْ عَلَى الله) در اینکه صرف مشورت کردن مورد امر واقع شده یا آنکه عمل به نظـر اکثریـت نیـز مفـروض است، اختلاف نظر وجود دارد و نظر غالب بر اینست که صرف مشورت، مورد امر واقـع شـده و پس از مشورت، تصمیم نهایی نه با نظر اکثریت که با نظر فـرد حـاکم اسـت و ثانیـا اینکـه شوری در زمینه مسائل اجتماعی که در محدوده مالانص فیه است مطرح می‌شود و در جائیکـه الزام و نصی از سوی شارع وجود داشته باشد نوبت بـه شـوری نمـی‌رسـد (علامـه طباطبـائی، ۸۷/۴؛ مکارم، پیشین).

نظر دیگری که در خصوص فتوای مشهور وجود دارد عدم حجیت آن در باب افتـاء اسـت که در ذیل به صورت اجمالی به بیان ادله و نقد و بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت.

ادله مخالفان حجیت فتوای مشهور

آ) دلیل عقل. برخی فقها در این زمینه با توجه به حکم عقل بیان داشته‌انـد «فـإن المشـهور عدم حجية الشهرة و ما يستلزم وجوده عدمه، فهـو محـال» (نراقـی، رسـاله الشـهره بـه نقـل از آشتیانی، ۱۱۴) به این معنا که از آنجا که مشهور فقها قائل به عدم حجیت فتوای مشهور هستند لذا قائل شدن به حجیت آن مستلزم آنست که فتوای مشهور را حجت ندانیم.

ب) دلیل عدم حجیت یک فتوا (قول مشهور) برای کسی‌که ملکه استنباط احکـام از ادلـه را دارد. همانگونه که در ادامه این نگاشته به نحو مبسوط‌تری اشاره خواهد شد، اساسا اصل اولـی بر عدم حجیت قول یک فرد بر فرد دیگر است به این معنا که قول هـیچ فـردی بـر فـرد دیگـر حجیت ندارد. این اصل تاجائی امتداد می‌یابد که دلیلی آن را تقیید یا تخصیص نـزد. در اینجـا ادله مربوط به تقلید و رجوع جاهل به عالم این اصل را تخصیص می‌زند و پر واضح است کـه این تخصیص، رجوع یک فقیه (= عالم) را به عالم دیگر در بر نمی‌گیرد و لـذا اصـل اولـی بـه قوت خود باقی خواهد بود (محمدجواد فاضل، خارج فقه، جلسـه ۳۴-۳۷). بـه عـلاوه، سـیره عقلائیه بر این است که درجائی که کسی خودش نظر دارد، رجوع به نظر دیگری مـورد تقبـیح

عقلاء قرار خواهد گرفت.

نقد و بررسی دلائل مخالفان حجیت فتوای مشهور

آ) استناد به حکم عقل. در پاسخ به حکم عقلی بیان شده باید گفت در «عدم حجیت شهرت فتوایی بنابر مشهور»، شهرت فتوائی در مسائل فرعی فقهی مدنظر است و حال آنکه شهرت در عدم حجیت، یک مسأله اصولی است و لذا استلزامی بین وجود یکی و عدم دیگر وجود ندارد تا از وجود یکی، لاجرم عدم دیگری قابل اثبات باشد (شیخ انصاری، فرائدالاصول، ۱۱۴/۱-۱۱۵).

ب) عدم حجیت فتوای یک مجتهد برای مجتهد دیگر. هرچند این موضوع صحیح است که فتوای یک مجتهد برای مجتهد دیگر حجیت ندارد و بلکه پیروی از آن بر او حرام است اما باید توجه داشت که فتوای مشهور (فتوای جمع کثیری از فقها) ماهیت متفاوتی از یک فتوای فقهی دارد و لذا موضوعا خارج از شمول استدلالات ناظر به این مسأله می‌باشد؛ به عبارت دیگر، «یک» فتوا با فتوای «مشهور» ماهیتا متفاوت است و چه بسا وصف «شهرت»، فتوا را حائز ویژگی‌هایی کند که پیروی از آن صحیح باشد؛ بنابراین استناد به این دلیل نیز تامّ و کامل نیست.

نتیجه آنکه با توجه به نقد و بررسی‌های صورت گرفته معلوم شد که هم نظرات طرفداران حجیت قول مشهور تمام نیست و نمی‌تواند افاده مطلوب کند و هم استدلال‌های مخالفان حجیت آن؛ بنابراین نه در اثبات حجیت فتوای مشهور دلیلی می‌توان اقامه کرد و نه در اثبات عدم حجیت آن. بسیاری از اصولیان به‌درستی بیان داشته‌اند که در بحث فتوای مشهور، صرفا از آنجا که دلیلی بر حجت بودن آن در دسترس نیست و دلائل موافقان حجیت آن نیز قابل خدشه است، نمی‌توان این حجیت را مورد قبول قرار داد؛ به عبارت دیگر اینان معتقدند همانگونه که دلیل موجهی بر حجیت فتوای مشهور وجود ندارد، دلیلی هم بر عدم حجیت آن نمی‌توان اقامه کرد و لذا با جریان اصالة البرائه، باید حکم به عدم حجیت فتوای مشهور داد (آشتیانی، پیشین، ۱۲۰).

بنابراین رجوع به فتوای مشهور فقها نمی‌تواند معیار قابل قبولی برای قانون‌گذاری باشد.

۲- فتوای مبتنی بر احتیاط

احتیاط را موجباتی دانسته‌اند که «رعایت آن، احاطه کامل و اطمینان انسان به انجام وظیفه شرعی را سبب می‌شود» (خامنه‌ای، تحریرالمسائل، ۱۱). بر این اساس یکی از گزینه‌هایی که به

عنوان ملاک قانون‌گذاری می‌تواند مطرح شود اینست که قانون‌گذار بنابر قاعده «احتیاط» به قانون‌گذاری مبادرت کند (حائری، بنیان حکومت در اسلام، ۲۳۱) و بدین‌وسیله تا حد امکان بین فتاوی مختلف را جمع کند و فقهای شورای نگهبان نیز تنها مصوباتی را مورد تأیید قرار دهند که مبتنی بر احتیاط باشد.

اما درخصوص عمل به احتیاط نیز اتفاق نظر کاملی بین فقهاء وجود ندارد به گونه‌ای که برخی فقهاء آن را لعب به امر مولی دانسته و تقبیح کرده‌اند (فاضل لنکرانی، الاجتهاد و التقلید، ۲۶-۲۸)، برخی آن را در مواردی مانند عقود و ایقاعات غیرقابل اجرا می‌دانند، برخی آن را برای مقلدان غیرممکن می‌شمرند و برخی دیگر نیز آن را درصورتی‌که باعث اخلال در نظام باشد رد کرده‌اند.

به طور کلی احتیاط یا در عبادات است، یا در امور توصلی و یا در عقود و ایقاعات (به معنای اعم). از آنجا که عمده حوزه تقنین به عقود و ایقاعات بازگشت می‌یابد لذا در این مقام صرفا به بررسی امکان و جواز احتیاط در این امور خواهیم پرداخت.

با توجه به بررسی‌های صورت گرفته، مشهور فقهای شیعه قائل به جواز احتیاط در عقود و ایقاعات هستند اما در این بین، شیخ انصاری قائل به عدم جواز شده‌اند.

مرحوم شیخ انصاری در تعلیل نظر خود و در ضمن بحث از شرایط صیغه بیان می‌دارد که انشاء باید جزمی و حتمی باشد و معلق بر چیزی نشود و چنانچه معلق بر چیزی شود صحیح نیست. پس اگر کسی در عقد و ایقاع احتیاط بکند به اینصورت که مثلا اگر در صیغه نکاح دو لفظ وارد شده، صیغه را به هر دو جاری کند دراینجا جزم که رکن انشاء است تحقق پیدا نمی‌کند چون وقتی صیغه اول نکاح را می‌خواند نمی‌داند علقه زوجیت محقق شده یا خیر و وقتی صیغه دوم نکاح را می‌خواند تردید دارد که علقه زوجیت حاصل شده یا نشده است؛ بنابراین کسی که احتیاط می‌کند جازم به انشاء نیست چرا که نمی‌داند اثر بر کدامیک از دو طرف عقد و ایقاع مترتب می‌شود؛ یعنی ترتب اثر بر صیغه برای این شخص مشکوک است (فاضل، پیشین، ۳۵).

اما پاسخی که به این استدلال شیخ داده شده این است که اعتبار جزم در انشاء هیچ منافاتی با تردیدی که در احتیاط است ندارد و این دو در دو نقطه‌ی جدای از هم قرار دارند. تردیدِ مزبور، مربوط به یک چیز است و جزم، مربوط به یک امر دیگری به این معنا که فرد محتاط در عقود و ایقاعات نسبت به خودِ انشاء، جزم دارد اما نسبت به اثر انشاء که آیا تحقق یافته یا

نه تردید دارد و این دو از یکدیگر جداست؛ به عبارت دیگر فرد واقعا جزم دارد که بـا انشـای صیغه، رابطه زوجیت را ایجاد کند اما تردید دارد که آیا فی‌الواقع این علقه و رابطه با ایـن لفـظ ایجاد شده است یا نه.

بنابراین، اشکال عدم جواز و حجیت شرعی عمل به احتیاط وارد نیسـت و مشـهور فقهـای شیعه نیز قائل به جواز آن شده‌اند؛ اما نکته دیگری که برخی از فقها به آن توجـه کـرده و آن را در زمره موارد عدم جواز عمل به احتیاط دانسته‌اند اینست که چنانچه عمل به احتیاط مخل بـه نظام باشد جائز نیست.

آقای خوئی این عقیده را دارند و می‌گویند که اگر احتیاط مخل به نظام باشد بـه ایـن نحـو که روال عادی زندگی را بهم بزند مشروعیت ندارد (خوئی، الـرای‌السـدید، ۱۶۸). نکتـه حـائز اهمیت در این بین اینکه هم‌ایشان، احتیاطی که موجب عسروحرج بشود را نیز صحیح می‌دانند اما اگر احتیاط مخل به نظام باشد (هرچند عسروحرجی هم نباشد) را صحیح نمی‌دانند. در این مقام پر واضح است که عمل به احتیاط در حوزه قانون‌گذاری اگر هم امکان‌پذیر باشد بی‌تردید باعث بر هم خوردن بسیاری از نظامات در جامعه می‌شود و لذا موضوعا از محل احتیاط خارج است.

بنابراین عمل به احتیاط در حوزه قانون‌گذاری هم ثبوتـا و هـم اثبـات ممکـن و پـذیرفتنی نیست.

۳- پیروی از نظر فقیه اعلم

راه‌حل دیگری که درخصوص فتوای معیار، محتمل به نظـر مـی‌رسـد اینسـت کـه مجلـس شورای اسلامی فتوای فقیه اعلم در هر حوزه را ملاک مصوبات و قوانین خویش قـرار دهـد و فقهای شورای نگهبان نیز بر همین مساله نظارت و با توجه به آن، مصوبات مجلس را تایید یـا رد نمایند.

تقریبا در تمامی کتاب‌های اصولی و فقهی، بحث‌های نسبتا جامع و البته مشـابهی در تقریـر استدلال‌های مربوط به تعین یا عدم تعین تقلید از اعلم مطرح شده و پاسخ‌های تقریبا یکسـانی نیز به هر یک از ادله داده شده است. در این بخش ابتدا ادله رجوع به اعلم مورد بررسـی قـرار می‌گیرد و سپس، مفهوم اعلمیت در فقه حکومتی و نظام جمهوری اسلامی ایران تبیین می‌شـود و در پایان، حکم و نظر فقیه اعلم (= فقیه حاکم) درخصـوص سـازوکارهای قـانون‌گـذاری در

جمهوری اسلامی ارائه می‌گردد.

دلائل فقهی رجوع به اعلم

الف) اجماع: از بین فقهای متقدم سید مرتضی در الذریعه تقلید اعلم را علی‌رغم اختلافی بودن از مسلمات شیعه دانسته است (۲/ ۳۱۷) و از بین فقهای متأخر، محقق کرکی (محقق ثانی) ادعا کرده است که وجوب تقلید اعلم اجماعی است (محقق کرکی، ۳/ ۱۷۶).

– نقد و بررسی: در پاسخ به ادعای اجماع، بیان شده است که اولا فقهای بسیاری وجود دارند که تصریح به وجود اختلاف در این زمینه داشته‌اند و ثانیا حتی اگر چنین اجماعی نیز محقق باشد، اجماعِ منقول است و ارزش و اعتباری ندارد (خوئی، التنقیح، ۱۱۴) و ثالثا احتمال قوی داده می‌شود که علت تعیین قول اعلم از نظر همه یا بیشتر علما، «اصلِ عملی» باشد که در نتیجه چنین اجماعی فاقد حجیت است (آخوند خراسانی، ۳/ ۳۹۱).

ب) سیره عقلائیه: سیره و بنای عملی عقلاء بر این است که در هر کاری که نیازمند مراجعه به اهل خبره است، به خبره‌ای مراجعه می‌کنند که نسبت به دیگران دارای مزیت علمی و فضیلت بیشتری باشد و از آنجا که این سیره عقلائیه از طرف شارع ممنوع و ردع نشده، مورد تأیید شارع نیز می‌باشد.

– نقد و بررسی: درست است که عقلاء رجوع به اعلم را در هر حال حجت و دارای معذریت می‌دانند به این نحو که حتی در صورت عدم اصابت نظر اعلم با واقع، فرد رجوع کننده به اعلم مورد عتاب قرار نمی‌گیرد که چرا به او رجوع کرده است اما همین سیره عقلائیه امتثال نظر اعلم را در همه موارد دارای حسن و اطمینان‌بخش به حساب نمی‌آورد مثلا اگر طبیب اعلم برای معالجه بیماری چند عمل جراحی را تجویز و طبیب غیراعلم تنها یک عمل را کافی بداند و در هیچ موردی نیز خطر مرگ در میان نباشد سیره عقلاء لزوما رأی طبیب اعلم را برنمی‌گزینند یا اگر فقیه اعلم در یکی از مسائل مربوط به قصاص حکم به قتل بدهد و فقیه غیراعلم حکم به پرداخت دیه، سیره عقلاء لزوما رأی فقیه اعلم را نمی‌پذیرد. در چنین مواردی، شاید بتوان گفت عقلاء به نظر و رأیی که موجب حصول اطمینان شود عمل می‌کنند و اگر اطمینان حاصل نشد بر طبق احتیاط عمل می‌کنند و لذا آنچه به نحو قطعی می‌توانیم در مورد سیره عقلائیه بگوییم این است که رجوع به افضل و اعلم در نزد عقلاء صرفا ترجیح دارد.

ج) اقربیت به واقع: این دلیل یک قیاس شکل اول است و از یک صغری و کبری تشکیل

شده و آخوند آن را به این صورت تقریر کرده است: صغرا- فتوای اعلم اقرب الی الواقع است. کبرا- هر فتوایی که اقرب الی الواقع باشد، باید اخذ شود و حجت است. نتیجه- فتوای اعلم حجت است و باید اخذ شود و فتوای غیر اعلم حجت نیست (آخوند خراسانی، پیشین).

- نقد و بررسی: در صغرای استدلال مذکور بیان شده که قول اعلم به واقع نزدیک‌تر است درحالیکه مواردی را می‌توان در نظر گرفت که لزوما این‌گونه نیست (شهید ثانی، مسالک، ۱۳/ ۳۴۴) مثلا اگر قول فقیه غیراعلمِ کنونی مطابق با اعلم فقهای گذشته باشد یا قول فقیه اعلم در بین فقهای حاضر شاذ تلقی شود، درچنین مواردی نمی‌توان به راحتی قائل به اقربیت قول اعلم به واقع شد.

همچنین در کبرای استدلال مذکور بیان شده که ملاک حجیت، اقربیت به واقع است درحالیکه چنین ملاکی ثابت نیست بلکه حجیت ملاکات دیگری دارد (آخوند خراسانی، ۳/ ۳۹۲؛ خوئی، التنقیح، ۱/ ۱۱۸) و از این رو کسب حکم الهی از طریق علوم ممنوعه مانند جفر و رمل (علیرغم اقربیت آن‌ها در برخی موارد) به کلی ممنوع و فاقد حجیت دانسته شده است.

د) استدلال منطقی: اعلم، نسبتش با غیر اعلم، نسبت عالم به جاهل است. رأی جاهل در برابر رأی عالم اعتبار و حجیت ندارد (با توجه به سیره عقلائیه و ادله لفظی‌های که دلالت بر وجوب رجوع به عالم می‌کند) پس فتوای اعلم حجت است و فتوای غیر اعلم حجت نیست.

- نقد و بررسی: در اینکه نسبت اعلم به عالم مانند عالم است به جاهل حقیقت آنست که نه از دید عرف و نه از دید شرع چنین رابطه‌ای قابل استناد نیست. در عرف به فردی که رأی و نظر دارد اما به قوت شخص دیگر نیست جاهل اطلاق نمی‌شود بلکه تنها او را در مرتبه‌ی پایین‌تری از لحاظ علم تلقی می‌کنند. مضافا اینکه قول جاهل به هیچ وجه صلاحیت و شأنیت اتصاف به حجیت را ندارد در حالی که قول غیر اعلم در صورتی که معارض نداشته باشد، حجت است.

هـ) استناد به دلائل مشروعیت تقلید: ادله سه‌گانه‌ای که برای مشروعیت تقلید اقامه می‌شود یعنی ادله لفظیه، دلیل انسداد و سیره عقلائیه، تعیّن رجوع به اعلم را نیز ثابت می‌کنند. آقای خوئی در تقریر این دلائل بیان می‌دارند که اطلاقات ادله لفظیه شامل متعارضان نمی‌شود و لذا رجوع به اعلم و قول اعلم تعین خواهد یافت زیرا قول غیراعلم در معارضه با قول اعلم از حجیت ساقط می‌شود. در مورد سیره عقلائیه هم فرمودند بنای عقلاء بر رجوع به اعلم است و دلیل انسداد هم نتیجه‌اش حجیت مطلق فتوا است لکن از باب قدر متیقن رجوع به فتوای اعلم

می‌شود (خوئی، التنقیح، ۱/ ۱۱۳-۱۱۴).

- نقد و بررسی: در مورد سیره عقلائیه بیان گردید که این سیره صرفا ترجیح رجوع به اعلم را می‌رساند. در مورد دلیل انسداد نیز می‌توان گفت نتیجه‌ی دلیل انسداد همان طور که خود آقای خوئی فرموده‌اند حجیت فتواست به نحو مطلق و بحث قدر متیقن که ایشان در ادامه به آن استناد کرده‌اند اساسا ارتباطی به دلیل انسداد ندارد و در باب ظن نیز هیچ‌یک از اصولیان به قدر متیقن ظنون استناد نکرده است چراکه قدرت دلیل انسداد تا این نقطه است که حجیت مطلق ظن را اثبات کند و زائد بر آن بر عهده دلیل انسداد نیست. در مورد اطلاقات ادله لفظیه نیز بنابر نظر صاحب کفایه، این اطلاقات صرفا وجوب تقلید را می‌رساند و قادر به اثبات چیزی بیشتر از اصل تقلید نیست (آخوند خراسانی، ۵۴۲).

و) استدلال روایی: روایات متعددی نظیر مقبولة عمر بن حنظلة، روایت داوود ابن حصین، روایت موسی ابن اکلیل، عهدنامه امیرالمومنین به مالک اشتر و ... وجود دارد که بر لزوم تقلید اعلم دلالت دارند.

- نقد و بررسی: بحث‌های فروانی درخصوص سند و دلالت احادیث فوق مطرح شده و فی‌الجمله کسانی چون آخوند (آخوند خراسانی، ۳/ ۳۹۱)، خوئی (خوئی، الرأی السدید، ۳۲-۳۵) و امام خمینی بیان داشته‌اند که این احادیث نمی‌تواند حجیت شرعی فتوای اعلم را اثبات کند.

بنابراین همانگونه که اجمالا مورد بررسی قرار گرفت، معلوم شد که لزوم اتخاذ قول اعلم صرفا امری عقلائی است و ادله نقلی ارائه شده بر اثبات آن، همگی مورد خدشه قرار گرفته و تضعیف شده‌اند.

بر این اساس برخی از فقهاء و اصولیان معتقد شده‌اند که چون ما دلیل نقلی قابل اعتنائی نداریم که لزوم تقلید اعلم را برای ما اثبات کند (آخوند خراسانی، ۳/ ۳۸۹) (به این معنا که ادله نقلی قاصر از اثبات تعین تقلید از اعلم است) و صرفا بنابر حکم عقل می‌توان قائل به رجوع به اعلم بود لذا رجوع به اعلم احتیاطا واجب است؛ به عبارت دیگر وقتی ما مواجه می‌شویم با اعلم و غیر اعلم اینجا مورد از موارد دوران بین تعیین و تخییر است یعنی امر دائر است بین اینکه از خصوص اعلم تقلید کنیم یا مخیر باشیم بین اعلم و غیر اعلم. در اینجا ابتدا در دَوَران بین تعیین و تخییر عقل حکم به اصالة التعیین می‌کند و می‌گوید طبق احتمالی که تخییر در آن نیست باید عمل کرد و در گام بعد و بر اساس قاعده اشتغال حکم می‌کند که چون اشتغال

یقینی مستدعی فراغ یقینی است پس احتیاطاً تقلید اعلم لازم است. در بین معاصران، فقهاء بسیاری تقلید اعلم را بنابر احتیاط وجوبی لازم دانسته‌اند (امام خمینی، تحریر، ۶؛ گلپایگانی، مختصرالاحکام، ۳؛ اراکی، المسائل الواضحه، ۶/۱؛ بهجت، جامع المسائل، ۱۴/۱؛ فاضل، الاحکام الواضحه، ۵).

بنابر این و از مجموع ادله و استدلالات مطرح شده می‌توان بیان داشت که تقلید از اعلم یا به نحو وجوب و یا احتیاط واجب، لازم و دارای حجیت است؛ اما این گزاره در زمان تشکیل حکومت اسلامی دارای حاشیه و تعریضی است که در ادامه به آن اشاره خواهد شد.

مفهوم اعلم در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران

با شکل‌گیری نظام جمهوری اسلامی ایران و استقرار اندیشه ولایت فقیه، برخی مفاهیم فقهی که در گذر زمان، به حوزه فقه خصوصی محدود شده بود مورد بازخوانی قرار گرفت و متناسب با فقه سیاسی شیعه، بازسازی شد. یکی از این مفاهیم، مفهوم اعلم و نظریه اعلمیت در تقلید بود. تا پیش از شکل‌گیری نظام جمهوری اسلامی، عمده بحث‌های مربوط به اعلمیت صرفا کبروی بود به این معنا که همانگونه که اشاره رفت، تمامی همّ اندیشمندان بر اثبات تعین فتوای اعلم یا عدم آن معطوف شده بود اما با استقرار نظام حکومتی مبتنی بر فقه و پیدایش افق‌های جدید در این حوزه، بحث صغروی این مسأله نیز پررنگ شد و مورد ارزیابی مجدد و دقیق‌تر قرار گرفت و آن اینکه اساسا اعلم در یک «حکومت اسلامی» کیست و چه ویژگی‌هایی باید داشته باشد و آیا مفهوم معهود در رساله‌های عملیه از اعلم، در حوزه فقه حکومتی نیز کاربرد دارد و یا آنکه باید به دنبال ملاک و معیار دیگری در این حوزه بود.

بر اساس نظر حضرت امام (ره) و برخی شاگردان ایشان و نیز برخی از فقهای معاصر، اعلمیت در زعامت با اعلمیت در فقاهت دارای عموم و خصوص من وجه است به این معنا که نه در زعامت، اعلمیت در همه ابواب فقهی لازم است و نه در مرجعیت، اعلم بودن در اداره شئون جامعه اسلامی. بنابر نظر صریح حضرت امام (ره) «اجتهاد مصطلح در حوزه‌ها کافی نمی‌باشد، بلکه یک فرد اگر اعلم در علوم معهود حوزه‌ها هم باشد ولی نتواند مصلحت جامعه را تشخیص دهد و یا نتواند افراد صالح را از افراد ناصالح تشخیص دهد و به طور کلی در زمینه اجتماعی و سیاسی فاقد بینش صحیح و قدرت تصمیم‌گیری باشد این فرد در مسائل اجتماعی و حکومتی مجتهد نیست و نمی‌تواند زمام جامعه را به دست بگیرد... یک مجتهد باید زیرکی و هوش و فراست و هدایت یک جامعه بزرگ اسلامی و حتی غیراسلامی را داشته

باشد و علاوه بر خلوص و تقوی و زهد که در خود شأن مجتهـد اسـت، واقعـا مـدیر و مـدبر باشد...» (امام خمینی، صحیفه نور، ۲۱/ ۱۲۹ به نقل از ورعی، ۵۶۳)

ایشان در جای دیگری فرموده‌اند: «وضع و شرایط و مقتضیات مرجعیت در وضع فعلـی بـا شرایط مدیریت کشور با هم فرق دارد و آن‌هایی که در مقام رهبری هستند بـا آن‌هـایی کـه در مقام مرجعیت هستند یک جور نیستند...» (ورعی، پیشین)

مقام معظم رهبری نیز برخلاف فقهای گذشته که اعلمیت را صرفا اقوی بـودن در اسـتنباط احکام می‌دانستند بیان می‌دارند: «ملاک اعلمیت این است که آن مرجع نسبت به سـایر مراجـع قدرت بیشتری بر شناخت حکم الهی داشته و بهتر بتواند احکام شـرعی را از ادلـه آن اسـتنباط نماید و همچنین نسبت به اوضاع زمان خود به مقداری که در تشـخیص موضـوعات احکـام و ابراز نظر فقهی مؤثر است آگاه‌تر باشد.» (آیه‌الله خامنه‌ای، اجوبةالاستفتائات، ۴)

یکی از شاگردان حضرت امام نیز به صراحت به این نکته اذعان می‌کند که «اعلم در احکام برای تقلید شرط است و اعلم در موضوعات برای ولایت.» (مکارم، انوارالفقاهه (کتـاب‌البیـع)، ۴۷۴)

شاگرد دیگر ایشان در این مقـام بیـان داشـته اسـت: «فـالأعلم، الأبصـر بالاحکـام الکلیـه و بالموضوعات و ماهیة الحوادث الواقعه و الظروف المحیطه و مسائل العصر» (منتظری، دراسـات فی ولایةالفقیه، ۱/ ۳۰۸) یعنی: پس همانا اعلم کسی است که بر احکام کلیه و به موضـوعات و نیز اوضاع زمانه و شرایط مکانی و زمانی داناتر باشد.

همچنین یکی دیگر از فقهای معاصر معتقد است مقصود از اعلمیت، اعلمیـت درخصـوص علم فقه نیست بلکه مراد اینست که رهبر باید با توجه به مجموعه شـرایط لازم بـرای رهبـری مانند علم فقه، علم به موضوعات برای اجرای احکام الهی، دانش سیاسی و اجتماعی و ... اعلم باشد یعنی اعلمیت من حیث‌المجموع. (حائری، شرط اعلمیت در رهبـری، حکومـت اسـلامی، ۲/ ۱۸۵)

اما درخصوص مبنای فقهی چنین دیدگاهی در شورای بازنگری قانون اساسی بررسی نسبتا مفصلی صورت گرفته و اینگونه نتیجه‌گیری شده است که «اولا مبنای تقلید، رجوع جاهـل بـه عالم است و چنین سیره‌ای بین عقلاء [قطعی] نیست که حتما به اعلم مراجعه کنند و ثانیـا اگـر هم اعلمیت یکی از شرایط مرجع تقلید باشد در ولایت فقیه چنین شـرطی نیسـت چـون ادلـه ولایت فقیه غیر از ادله اجتهاد و تقلید است و ثالثـا اعلمیـت در مرجـع تقلیـد بـا اعلمیـت در

رهبری تفاوت دارد به این معنا که در مرجع، اعلمیت در علوم رایج حوزه‌ها منظور است ولی در رهبری افزون بر آن باید در موضوعات سیاسی – اجتماعی نیز اعلم باشد». (یزدی، هاشمیان، مشکینی، مشروح مذاکرات بازنگری، به نقل از ورعی، ۵۶۵)

به بیان دیگر «مسأله اعلمیت، عقلی است و روایات مربوطه هم ارشاد به حکم عقل است. بحث وجوب تقلید از اعلم هم همیشه بین فقهاء اختلاف بوده و هیچگاه اتفاقی نبوده است اما مسأله رهبری غیر از مرجعیت تقلید است. درباره رهبری نمی‌توان به ادله مربوط به اجتهاد و تقلید مراجعه کرد ... اگر دلیل عقلی در اینجا هم قابل استناد باشد اعلم در جمیع جهات دخیله در رهبری را اثبات می‌کند یعنی در مدیریت قوی‌تر، در آشنایی با مسائل زمان قوی‌تر، در صراحت و قدرت تصمیم‌گیری تواناتر.» (یزدی، به نقل از ورعی، پیشین)

البته این تفاوت نگرش و بازآفرینی مفهوم اعلمیت را هرچند باید از برکات تشکیل نظام جمهوری اسلامی دانست اما فقهای گذشته نیز از آن غافل نبوده و به نوعی به آن اشاراتی داشته‌اند به عنوان مثال مرحوم سیدکاظم یزدی صاحب عروه می‌فرماید: «لا یعتبر الاعلمیه فیما امره راجع الی المجتهد الا فی التقلید و اما الولایه علی الأیتام و المجانین و الاوقاف التی لا متولی لها و الوصایا التی لا وصی لها و نحو ذالک فلا یعتبر فیها الاعلمیه.» (صاحب عروه، ۱/ ۲۵) یعنی: مسأله اعلمیت در اموری که به مجتهد مربوط می‌شود تنها در مورد تقلید معتبر است اما درخصوص ولایت بر ایتام و مجانین و اوقافی که متولی ندارند و وصایای بدون وصی و مانند این‌ها، اعلمیت ملاک نیست. بر این اساس فقهای گذشته با وجود آنکه تصور تشکیل حکومتی که یک فقیه در رأس آن قرار داشته باشد را نداشتند اما در مسائل اجتماعی جامعه مسلمین تصریح به این داشتند که صرف اعلمیت به هیچوجه شرط تصرف نیست و صرفا در مسائل فردی و حوزه خصوصی، اعلمیتِ معهود ملاک است و حتی آقای حکیم در حاشیه این کلام سید در عروه، ادعای اجماع در این مورد را کرده است (حکیم، مستمسک عروه، ۱/ ۱۰۶).

چنین عقیده‌ای علاوه بر کتب فقهی، در رویهٔ فقهای گذشته نیز قابل ملاحظه است. به عنوان مثال نقل شده است که وقتی صاحب جواهر، شیخ انصاری را که همگان به اعلمیت او باور داشتند به عنوان اعلم بعد از خود تعیین کرد، شیخ فرمود صاحب جواهر مرا طبق عقیده خود به این عنوان معرفی نموده است و من معتقدم سعید العلمای بابلی مازندرانی از من اعلم است و بایستی او زمام زعامت و مرجعیت را به دست گیرد و لذا نامه‌ای مشروح به سعید

العلماء نوشت و نظر خود را اظهار داشت و از او خواست تصدی زعامت مسلمین را به عهده گیرد. سعید العلما در پاسخ شیخ نوشت که من فعلا کفایت این امر را ندارم و شما بدان سزاوارترید و به حق تعیین شده‌اید. به این ترتیب از آنجا که شیخ انصاری در اداره امور جامعه مسلمین تواناتر می‌نمود، زعامت جامعه اسلامی را عهده‌دار شد (جناتی، سیر تاریخ تقلید از اعلم، کیهان اندیشه، ۶/ ۲۹).

بنابراین معلوم شد که در یک حکومت اسلامی، اعلم کسی است که در شناخت موضوعات و اداره شئون جامعه اسلامی خبره‌تر باشد و نه آنکه صرفا از قوه استنباط قوی‌تری در احکام و اصول برخوردار باشد. شناخت چنین اعلمی نیز نه با شهادت صرفا دو نفر بلکه با شهادت مجلسی از خبرگان و فقهای جامعه اسلامی صورت می‌گیرد.

اما با این وجود در رویه جاری نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران چنین امری مشاهده نمی‌شود که کلیه قوانین و مقررات کشور به طور کامل منطبق با آراء فقیه اعلم (حاکم جامعه اسلامی) تدوین شود. تبیین و توجیه این رویه نیازمند دقت در سازوکارهای مندرج در قانون اساسی است که در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

دیدگاه فقیه حاکم (اعلم) در خصوص سازوکار قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران

بیان شد که فقیه اعلم در حوزه اجتماعی همان فقیه حاکم است (که جمعی از خبرگان و فقهای اسلام به اعلمیت او رأی داده‌اند) و فقیه حاکم نیز کسی است که ولایت مطلقه امر و امامت امت را بر عهده دارد و مشروعیت‌بخش نهادها و قوانین در جامعه اسلامی است.

در مشروح مذاکرات بررسی نهائی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برخی اعضا در بحث پیرامون اصل چهارم قانون اساسی چنین ابراز داشته‌اند که «... با فرمان امام است که بسیاری از تصرفات حکومت، مشروعیت پیدا می‌کند، گمرک، مالیات و عوارض، بدون صلاحدید امام که اخذ آن را به مصلحت مسلمین و مخارج مملکت صلاح بداند حرام است. در عین حال فقیه با دیگران مشورت می‌کند، مجلس شورای ملی چنین جایگاهی دارد. مصوبات مجلس بدون تأیید فقیه برای مردم لازم‌الإتباع نیست چون تا مهر تأیید فقیه بر آن نباشد آن را حکم خدا ندانسته و اطاعتش را لازم نمی‌شمارند» (مشروح مذاکرات، ۹۴۳-۹۴۴).

در همین زمینه استفتائی از مقام معظم رهبری انجام شده که ایشان در پاسخ بیان فرموده‌اند: «نظر ولی امر مسلمین در مسائل مرتبط با اداره کشور اسلامی و نیز موضوعات مربوط به کلیه

مسلمین لازم‌الإتباع است و هر مکلفی فقط در مسائل فردی محـض مـی‌توانـد از نظـر مرجـع تقلیدش پیروی کند.» (خامنه‌ای، اجوبةالاستفتائات، ۱۱)

اما در این میان این سؤال مطرح می‌شود که آیا برای آنکه قوانین برای همه مردم لازم‌الإتباع شود مجلس باید آن‌ها را بر اساس «فتوای» فقیه حاکم تدوین و تصویب نماید و فقهای شورای نگهبان هم که منصوب رهبری هستند درواقع وکیلِ ایشان در نظارت بر قوانین‌اند و بایـد بنـابر نظر و رأی موکل خود انجام وظیفه نمایند؟ (جوادی آملی، ولایت فقیـه، ۲۰۸) و آیـا در چنـین صورتی جایگاه مجلس و شورای نگهبان به یک جایگاه تشریفاتی تنزل نخواهد یافت؟

در پاسخ باید گفت که مشروعیت کلیه قوانین و مقررات در جامعـه اسـلامی و لازم‌الإتبـاع بودن آن‌ها برای کلیه افراد، تنها منحصر به این نیست که کلیه ایـن قـوانین بنـابر «فتـوای» فقیـه حاکم تدوین شود بلکه اگر فقیه حاکم، «حکم» به لزوم تبعیت از یک مرجع یا نهاد یا مکانیسـم مشخصی بدهد و یا آنکه فتوا به جواز رجوع به غیر اعلم در حوزه عمومی بدهد ، به خاطر این حکم و فتوا، همه افراد جامعه اسلامی (و حتی فقها و مراجع تقلید) شـرعا مکلـف بـه پیـروی می‌شوند. ولی فقیه با تأیید و التزام عملی به قانون اساسی در واقع، «حکم» بـه لـزوم پیـروی از مکانیسم‌های آن داده است و لذا بر کلیه افراد لازم است از آن پیروی کنند.

نتیجه آنکه در نظام جمهوری اسلامی ایران «نظر ولی امر مسلمین در مسائل مرتبط بـا اداره کشور» بر پیروی از مکانیسم‌های مندرج در قانون اساسی قرار گرفته و ایشان با تأییـد و التـزام عملی به این قانون، سازوکارهای موجود در آن را مشروعیت بخشیده‌اند. این سازوکارها در دو سطح «عادی» و «فوق‌العاده» یا غیرعادی قابل شناسایی است.

سازوکارهای فوق‌العاده در زمانی است که ولی فقیه، پیـروی از سـازوکارهای عـادی را بـه مصلحت جامعه نمی‌بیند یا آن را باعث بروز معضلاتی برای نظام اسلامی تشخیص مـی‌دهـد و لذا می‌تواند مبادرت به صدور «حکم» خاص در یک زمینه معین نمایند (ارسـطا، ۳۱۰ و ۳۱۳-۳۲۰). در چنین مواردی هم مجلس شورای اسلامی و هم فقهـای شـورای نگهبـان مکلـف بـه پیروی از نظر ولی فقیه هستند چرا که این نظر، هم «در مسائل مرتبط با اداره کشـور اسـلامی» صادر شده و مصداق حکم حکومتی است که برای کلیه افراد «لازم‌الإتباع» است و هیچ فقیهـی حق مزاحمت با آن را ندارد (امام خمینی، کتاب‌البیع، ۱۱۱-۱۱۲) و هم اینکـه از فقیـه اعلـم در حوزه عمومی صادر شده است و مشمول ادله لزوم تقلید اعلم می‌شود.

سازوکارهای عادی قانون اساسی نیز عبارتست از گردش کار جـاری امـور بـدون دخالـت

مستقیم ولی فقیه در فرآیندهای مرتبط با آن موضوع. در این حـوزه، مجلـس شـورای اسـلامی می‌تواند از بین جایگزین‌های مختلف اجتهادی حـق انتخـاب داشـته باشـد و فقهـای شـورای نگهبان نیز با تحلیلی که در ادامه می‌آید مکلف‌اند نظر اجتهادی خود را اِعمال نماینـد. تفصـیل این سازوکارها بدین شرح است:

آ- مجلس شورای اسلامی و اتخاذ هر فتوای معتبر فقهی

همانگونه که بیان شد مجلس شورای اسلامی می‌تواند در فقدان نظر خاص ولی فقیـه و یـا اذن وی به رجوع به دیگر نظرات فقهی، به نظر دیگر فقها رجوع کند .

چنین رویکردی که قوه مقننه بتواند از هر فتوای معتبر فقهی در قانون‌گذاری بهره بگیرد در قوانین برخی کشورهای اسلامی از جمله در قانون مدنی و احوال شخصیه کویت نیـز مشـاهده می‌شود (مهرپور، ضرورت تحول در قانون‌گذاری، نامه مفید، ۲/ ۱۱۰).

برخی صاحبنظران نیز نظری به این مضمون را ابراز داشته‌اند که در مورد اخـتلاف فتـاوی، قانون‌گذار می‌تواند یکی از فتواهای معتبر – و البته غیر شاذ – را که مصـلحت جامعـه را بهتـر تأمین می‌کند به‌صورت قانون ابلاغ نماید و در اینصـورت، شـرط «عـدم مخالفـت بـا مـوازین اسلامی» که در قانون اساسی بیان شده نیـز محقـق خواهـد شـد (جنتـی، حکومـت اسـلامی و قانون‌گذاری، ۱۰).

همچنین یکی دیگر از نویسندگان در این باب می‌گوید: «... نکته‌ای که باید در انتخاب یک فتوا مورد توجه قرارگیرد این است که کـدام فتـوا بـا مقتضـیات زمـان و نیازهـای روز جامعـه اسلامی سازگارتر است و به هنگام اجرا کمتر دچار مشکل می‌شـود. اگـر بپـذیریم کـه مـلاک اسلامی بودن قوانین، عدم مغایرت صریح آن‌ها با موازین شرعی است به نظر می‌رسد همین که قانونی با فتوای یک مجتهد مسلم جامع‌الشرایط موافق باشد اگرچه آن فتوا مخالف نظر مشـهور فقها باشد برای اسلامی بودن کـافی اسـت و مـی‌تـوان آن را مبنـای عمـل قـرار داد.» (شـفیعی سروستانی، فقه و قانون‌گذاری، ۲۳۳)

شهید صدر نیز در پاسخ به نامه برخی علمای لبنان در خصـوص جمهـوری اسـلامی و در ضمن تبیین قانون‌گذاری در جمهوری اسلامی بیان می‌دارد: «در احکامی که مجتهدان بر اساس اجتهاد مشروع، چند رأی مختلف دارند، قوه مقننه در برگزیدن یکی از آن‌ها بر اساس مصلحت جامعه آزاد است.» (سیدمحمدباقر صدر، جمهوری اسلامی، ۱۶) البته پر واضح اسـت کـه ایـن نظریه شهید صدر مبتنی بر پیش‌فرض‌های قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و تفویض این

اختیار از سوی فقیه حاکم است چراکه ایشان در کتاب اقتصادنا تصریح می‌کنند کـه پـر کـردن حوزه مباحات باید از طرف اولی‌الامر باشد (صدر، اقتصادنا، ۶۸۹-۶۹۱). چنین تعلیل و تبیینـی را می‌توان در نگاه شاگردان برجسته شهید صدر با صراحت بیشتری مشاهده کرد: «... ولی فقیه ما را امر کرد که اعضای پارلمان را انتخاب کنید. امر او هم نافذ است. اگر یک وقتی نتیجه بـد در آمده باشد، ولی فقیه حق وتو دارد. چـون در رابطـه بـا انتخابـات دلیلـی از کتـاب و سـنت نداریم. خوب اگر دلیلی از کتاب و سنت داشتیم، ولی‌فقیه هم مجبور بود کـه بسـازد. چـون او هم مسلمانی است مثل ما که باید به آن عمل کند. چون در رابطه با انتخابات دلیلی از کتـاب و سنت نداریم و دلیلش امر ولی فقیه است و امرش هم نافذ می‌باشد، بنابراین مسـؤولیت آن هـم از خود امر ولی فقیه است.» (حائری، سیاست و حکومت، فصلنامه علوم سیاسی، ۱/ ۹-۱۵)

در مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی و از سؤال و جوابی که بـین یکـی از اعضای این مجلس و نائب‌رئیس آن صورت گرفته می‌توان اینگونه اسـتنباط کـرد کـه تلقـی مجلس خبرگان قانون اساسی نیز بر این امر بوده است که مجلس شورای اسلامی می‌تواند هـر فتوای معتبر فقهی را در تدوین قوانین ملاک قرار دهد و لزومی به تبعیت از یک فتوای خـاص ندارد.

ب- فقهای شورای نگهبان و اعتبار فتوای خود آن‌ها

همانگونه که بیان شد در مواردی که ولی فَقیه، حَکم خاص و الزام‌آوری را ابراز نداشته‌اند، مکانیسم‌های متداول قانون اساسی مورد اجرا قرار خواهد گرفت؛ اما در اینکه این مکانیسـم‌هـا درخصوص نظارت فقهای شورای نگهبان بر مصوبات مجلس به چه طریقی صورت می‌گیـرد، بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد به این نحو که برخی معتقدند با توجه به منـابع حقـوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، فتوای خودِ فقهای شورای نگهبان ملاک است و برخـی دیگـر معتقدند که وظیفه فقهای شورای نگهبان این است که درصورت وجود حتی یک فتوای معتبـر فقهی در تأیید مصوبه مجلس شورای اسلامی، آن مصوبه را مطابق با شرع اعلام نمایند.

- ادله موافقان حجیت فتوای خودِ فقهای شورای نگهبان: قائلان به حجیت نظر فقهی خـود فقهای شورای نگهبان در اثبات ادعای خود به این دلائل تمسک جسته‌اند:

آ) اگر در مورد انطباق قوانین با موازین اسلامی نظـر فقهـی خـودِ فقهـای شـورای نگهبـان مدنظر دست‌اندرکاران تدوین قانون اساسی نبود لزومی نداشت که شـرط فقیـه بـودن و عـادل بودن و آگاه بودن به مقتضیات زمان و مسائل روز که در اصل ۹۱ آمـده بـرای فقهـای شـورای

نگهبان قرار داده شود چرا که صرف انطباق یک مصوبه با اجماع فقهاء یا نظر مشهور یا احتیاط و ... از عهده افراد فاضل و متتبع که در حد اجتهاد و افتـاء هـم نباشـند بـر مـی‌آیـد (مهرپـور، مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۲/ ۱۰۸).

ب) در مشروح مذاکرات قانون اساسی به صراحت بیان شده است که ملاک، فتـوای خـودِ فقهای شورای نگهبان است (مشروح مذاکرات، ۲/ ۹۶۳).

ج) در پاسخ به استفساریه‌ای کـه یکـی از نماینـدگان مجلـس شـورای اسـلامی در تـاریخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ از طریق ریاست وقت مجلس از شورای نگهبان داشته است، دبیر شورای نگهبان بیان می‌دارند: «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی بطور نظر فتوایی بـا فقهـاء شورای نگهبان است» (مهرپور، پیشین).

د) از دیدگاه فقهی، پیروی از نظرِ فقهی مجتهد دیگر برای فـردی کـه دارای ملکـه اجتهـاد است جائز نیست. هم به حکم عقل و هم به حکم سیره و به هم مقتضای ادله نقلیه.

بنابر حکم عقل، با توجه به اینکه فردِ مجتهد، مـتمکن از اسـتنباط احکـام از ادلـه اسـت و می‌تواند حکم مسئله مورد نیازش را خودش استخراج نماید، برای عقل با رجوع به فتوای غیر، یقین به فراغ ذمه حاصل نمی‌شود.

از نظر سیره عقلا و سیره متشرعه نیز کسی که خود در یک موضوع صاحبنظر است به نظـر دیگری عمل نمی‌کند زیرا بنای عقلاء بر رجوع جاهل به عالم است و نه عالم بـه عـالم و اگـر کسی که تمکن از علم دارد به دیگری رجوع نماید و اتفاقا نظر دیگری مخالف واقع در بیایـد، فردِ رجوع‌کننده مورد مذمت عقلا قرار خواهد گرفت.

با توجه به ادله نقلی و به ویژه ادله لفظیه جواز تقلید نیز قطعاً چنین شخصی از شمول این ادله خارج است و نمی‌تواند به دیگری مراجعه نماید (مرتضوی لنگرودی، ۳۹) زیرا ادله تقلیـد شامل کسی که متمکن از تحصیل علم به احکام است نمی‌شود و مختص کسی است که جاهل به احکام است و تمکن از تحصیل علم به احکام هم ندارد .

- ادله مخالفان حجیت فتوای فقهای شـورای نگهبـان: در مقابـل، برخـی معتقدنـد فقهـای شورای نگهبان تنها مکلف‌اند که وجود یک فتوای معتبر فقهی در زمینـه مصـوبه مـوردِ نظـر را احراز نمایند و نه اینکه مبادرت به کار اجتهادی نمایند. ادله و مستندات این گروه به این شـرح است:

آ) قانون اساسی وظیفه «تشخیص عدم مغایرت» را بر عهده فقهای شورای نگهبان قرار داده

و «تشخیص» غیر از «استنباط» است (کدیور، شرع شورای نگهبان در برابر قانون مجلس، مجله آفتاب، ۲۹) به این معنا که اجتهاد کردن بر اساس منابع معتبر را استنباط می‌گویند اما تشخیص صرفا این است که امری را بر امر دیگر تطبیق داده و انطباق یا عدم انطباق آن را به دست آورند.

ب) در غیر از اصل ۹۴، هرجا که بحث از نظارت شورای نگهبان بر قوانین مطرح شده است، ملاک را بر «عدم مغایرت» این قوانین بر موازین اسلامی استوار کرده است و از این رهگذر می‌توان نتیجه گرفت که فتوای خود فقهای شورای نگهبان مدنظر قانون‌گذاران نبوده است چراکه در مورد هر مسأله‌ای که به فقهای شورای نگهبان ارجاع می‌شود، اگر نظر فقهی خود آن‌ها ملاک باشد، آن‌ها می‌توانند با کار اجتهادی در آن موضوع، فتوای خود را صادر کنند و در مرحله بعد انطباق یا عدم انطباق آن را بر فتوای خودشان اعلام نمایند اما وقتی که قانون اساسی، ملاک و معیار دیگری را مقرر بداند از آنجا که امکان دارد موضوع مورد نظر در آن منبع دیگر مورد توجه قرار نگرفته باشد، فقهای شورای نگهبان موظف‌اند با امور مشابه و اصول کلی مندرج در منابع، به «عدم مغایرت» آن موضوع با اصول کلی رای دهند (کدیور، پیشین).

ج) رویه عملی شورای نگهبان نشان می‌دهد این شورا در موراد متعددی، حکم یک موضوع را از رهبری استفتاء می‌کرده و لذا اینگونه به نظر می‌رسد که خود فقها نیز تمایل به این نظر نداشته‌اند که نظر فقهی خودِ آن‌ها ملاک قرار بگیرد.

د) با وجود آنکه رجوع فردِ مجتهد به مجتهد دیگر از سوی بسیاری از فقها رد شده است (شهید اول، الذکری، ۲/ ۱۷۱) اما در عین حال تفکیک و تفصیلی که برخی فقهاء، بین مجتهدی که احکام را استنباط کرده و مجتهدی که ملکه و قدرت استنباط را دارد اما هنوز مبادرت به استنباط احکام نکرده در این مقام می‌تواند راهگشا باشد. توضیح آنکه درست است که فقهای شورای نگهبان به درجه اجتهاد رسیده‌اند اما از آنجا که عمدتا از مراجع تقلید نیستند تا سابقا بر روی موضوعات مورد نظر به مداقه پرداخته و نظر فقهی خود را با توجه به ادله استخراج کرده باشند لذا بنابر نظر برخی فقهاء (محقق حلی، معارج‌الاصول، ۲۰۲) در مسائلی که هنوز به استنباط نپرداخته‌اند می‌توانند به مجتهد دیگر رجوع کنند.

دلیلی که بر این نظر اقامه شده است این است که: مکلف در بدو امر مخیر بین اجتهاد، تقلید و احتیاط بوده است و از دیدگاه شارع هیچیک از این سه راه بر دیگری رجحان و برتری

نداشته به این معنا که هیچ تقدمی در اجتهاد نسبت به دو قسمِ دیگر متصور نبوده است. حال که شک در این است که آیا برای شخصی که ملکه استنباط همه احکام را دارد نیز این حالت سابق همچنان وجود دارد و این شخص می‌تواند همان تخییری که در بدو امر برای او ثابت بوده است را واجد باشد یا اینکه باید او را با توجه به ادله منع تقلید عالم، از شمول خطابات مربوطه مستثنا کرد، ظاهر آنست که با توجه به استصحاب وضع سابق، جواز تقلید چنین فردی همچنان به قوت خود باقی خواهد بود. البته ممکن است این اشکال مطرح شود که چنین شخصی متمکن از تحصیل علم و استنباط است و چون صدق عالم بر او می‌شود، لذا اجتهاد برای او تعین می‌یابد و نه تخییر بین اجتهاد یا تقلید اما باید توجه داشت که به صرف قدرت بر استنباط و داشتن ملکه، عنوان عالم بر او صادق نخواهد بود چراکه مقصود از «عالم» در ادلهٔ منع تقلید عالم، «عالم به احکام» است و نه عالم به مبادی و راههای استنباط احکام و ادله لفظیه (خوئی، التنقیح، ۱/ ۱۹).

– نقد و بررسی: در نقد استدلال‌های مخالفان نظر فقهی خودِ فقهای شورای نگهبان می‌توان گفت تشتت در عبارات قانون اساسی ناشی از مسامحه دست‌اندرکاران نگارش قانون اساسی در هنگام تدوین آن بوده و نمی‌توان از آن مفهومی را استخراج کرد (اسماعیلی، تقریرات) و لذا استدلال‌های لفظی مخالفان، نمی‌تواند چندان مورد قبول باشد.

همچنین استناد به چند مورد استثناء در استفتای فقهای شورای نگهبان از رهبری در مقابل رویه مسلم و مستمر این شورا در اجتهاد و نظر صریحشان در این خصوص قابل توجه نمی‌نمایاند و آن موارد استثناء را باید حمل بر وجود مصالحی در نظام اسلامی دانست.

ادله و بررسی فقهی مطرح شده نیز هرچند بدون اشکال و پذیرفتنی می‌نمایاند اما اولا مخالف نظر و رأی قاطبه فقهای معاصر است و ثانیا اینکه صرفا جواز رجوع آن‌ها به فتوای فقیه دیگری را نشان می‌دهد و لذا اگر ادله حقوقی موافقان را بپذیریم، فقهای شورای نگهبان مکلف خواهند بود که در این زمینه قوه استنباط خود را بکار گیرند و نه آنکه به نظر فقهای دیگر استناد کنند؛ به عبارت دیگر هرچند رجوع فقهای شورای نگهبان به فتوای فقهای دیگر از نظر فقهی بلامانع باشد اما از آنجا که حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران آن‌ها را مکلف به رجوع به فتوای خودشان می‌داند، لذا رجوع به نظر فقهی خودشان (به جز در مواردی که فقیه حاکم مبادرت به صدور «حکم» می‌نماید) تعین می‌یابد.

نتیجتا می‌توان گفت که فقهای شورای نگهبان مکلف‌اند در بررسی مصوبات مجلس

شورای اسلامی نظر فقهی خود را ملاک قرار دهند و بر مبنای آن به تشخیص مطابقت یا عدم مغایرت آن مصوبه با موازین اسلامی مبادرت ورزند.

بدین ترتیب اولا در موضوعاتی که ولی فقیه حکم صریح و الزامی ارائه کرده‌اند هم مجلس شورای اسلامی و هم شورای نگهبان مکلف‌اند از این نظر تبعیت کنند و فقهای شورای نگهبان باید مصوبه مجلس را که مغایر با نظر الزامی ولی فقیه تدوین و تصویب شده مغایر با شرع اعلام نمایند هرچند نظر فقهی خود اعضای شورای نگهبان نیز منطبق بر مصوبه مجلس شورای اسلامی باشد. ثانیا در موضوعات و حوزه‌هایی که ولی فقیه حکم الزامی و مشخصی ارائه نکرده‌اند یا فتوا به جواز رجوع به فقهای دیگر داده‌اند مجلس شورای اسلامی می‌تواند از هر نظر فقهی معتبری پیروی نماید و مصوبات خود را بر آن مبتنی سازد و به عبارت دیگر مجلس می‌تواند با توجه به مصالحی که تشخیص می‌دهد بین جایگزین‌های مختلف اجتهادی، یکی را برگزیند. ثالثا فقهای شورای نگهبان به علت واجدیت ملکه اجتهاد و برخورداری از مقام فقاهت و ولایت افتاء، مکلف‌اند در هر مورد به نظر فقهی خود رجوع کنند و اساسا تقلید آن‌ها از نظر فقهی (و نه حکم) دیگر مجتهدان (ولو اعلم ازآنها باشند) جائز نیست (امام خمینی، کتاب البیع، ۱۱۱) و لذا ملاک و معیار اولیه اینست که آن‌ها به نظر اجتهادی خود رجوع کنند؛ و رابعا اینکه ممکن است این ابهام مطرح شود که چگونه برای انطباق قوانین بر موازین اسلامی، برای مجلس و شورای نگهبان، دو معیار متفاوت قرار می‌گیرد و حال آنکه قرار است یک امر واحد محقق شود. پاسخ این ابهام در این نکته است که فقهای شورای نگهبان در واقع مستندات فقهیِ آن فتوائی را که مجلس به عنوان مبنای قانون برگزیده است مورد توجه قرار داده و بررسی می‌کند که آیا این فتوا، از مجاری صحیح و با مقدمات متقنی صادر شده است یا خیر. اگر پاسخ فقهای شورای نگهبان به این سؤال مثبت باشد بدین معناست که نظر فقهی خودِ آن‌ها نیز بر چنین امری تحقق گرفته و لذا به نظر فقهی خودشان عمل کرده‌اند و اگر پاسخ منفی باشد، باز آن‌ها به نظر فقهی خود عمل کرده‌اند و در عین حال اعلام می‌نمایند که مجلس، از وظیفه خود که پیروی از یکی از فتاوی «معتبر» فقهی است عدول کرده و یک فتوای غیرمعتبر را به عنوان مبنای قانون برگزیده است.

نتیجه‌گیری

۱. در اصول متعدد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر شده که قانون‌گذاری باید بر

اساس احکام و موازین اسلامی صورت بگیرد. اصل چهارم قانون اساسی، «مرجـع انجـام» ایـن مقرره قانونی را مجلس شورای اسلامی و «مرجع نظارت» بر آن را فقهای شورای نگهبان قـرار داده است. اختلاف استنباط‌ها و فتواهای شرعی، این ابهام را در حقوق اساسی ایران بـه وجـود آورده است که مجلس شورای اسلامی و فقهای شورای نگهبان بر چه اسـاس و معیـاری بایـد مطابقت با موازین اسلامی را محقق کنند؟ با توجه به پـیش‌فـرض‌هـایی کـه در قـانون اساسـی جمهوری اسلامی ایران تعبیه شده و با عنایت به مبنای اسلامی نظام، می‌توان احتمالات ممکـن در این زمینه را عبارت دانست از فتوای مطابق با مشهور فقهاء، فتوای مطابق با احتیاط، فتـوای فقیه اعلم، هر فتوای معتبری که با مصالح جامعه اسلامی هماهنگ‌تر است، فتوای خـودِ فقهـای شورای نگهبان و فتوای فقیه حاکم.

۲. در بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ تلقی نوینی از نظریه اعلمیت ارائـه شـد و ایـن نظریه با توجه به مؤلفه‌های فقه حکومتی مورد بازسازی و بازخوانی قرار گرفت. بر این اساس، همانگونه که تقلید از فقیه اعلم در مسائل فردی تعیّن دارد و وی بـا شـهادت دو انسـان عـادل قابل شناسایی است، تقلید از فقیه اعلم در اداره جامعـه اسـلامی نیـز تعـیّن دارد و بـا شـهادت مجلسی از خبرگان دینی جامعه اسلامی می‌توان چنین فقیهی را مورد شناسایی قرار داد.

۳. در خصوص فتوای معیار در قانون‌گذاری، می‌توان گفت نظر فقیـه حـاکم در جمهـوری اسلامی ایران بر این تعلق گرفته که سازوکارهای از پیش‌تعیین شدۀ قانون اساسی مـلاک عمـل قرار بگیرد. بر اساس این سازوکارها، مجلس شورای اسلامی می‌تواند در قانونگذاری‌های خود از هر نظر فقهی معتبر استفاده کرده و هرکدام از این جایگزین‌های اجتهادی را که نزدیک‌تر بـه مصلحت جامعه اسلامی تشخیص داد به عنوان مبنای قانون برگزیند و بدینوسیله وظیفه خود را در لزوم ابتنای قوانین بر شرع به انجام رسانیده است. فقهای شورای نگهبان نیز مکلف‌اند با کار اجتهادی خود، مبنای فقهی مورد استناد مجلس شورای اسلامی را بررسی نمـوده و درصـورت صحیح و معتبر دانستن آن، آن را مورد تأیید قرار دهند. در اینصورت می‌توان گفت ایـن فقهـا، نظر و فتوای خود را منطبق بر فتوای مورد استناد مجلس دانسته و با توجه به فتـوای خـود، آن مصوبه را مورد تأیید قرار داده‌اند. درصورتی هم که فقهای شورای نگهبان، فتوای موردِ اسـتناد مجلس شورای اسلامی را معتبر و در مجاری صـحیح اجتهـادی تشـخیص ندهنـد بـر اسـاس «تشخیص» خود، آن مصوبه را خلاف موازین اسلامی اعلام خواهند نمود.

۴. بی‌تردید در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایـران، مجلـس شـورای اسـلامی و فقهـای

شورای نگهبان مأذون به انجام ترتیباتی هستند که در فوق به آن‌ها اشاره رفت و در عین حال، با توجه به بند هشت اصل یکصدودهم فقیه حاکم می‌تواند در موارد مقتضی که سازوکارهای موجود، مصالح جامعه اسلامی را تأمین نمی‌کند یا حتی آن‌ها را تهدید می‌نماید، با صدور «حکم» حکومتی، هم مجلس شورای اسلامی و هم فقهای شورای نگهبان را ملزم به پیروی از نظر خاصی نماید.

منابع

آخوند خراساني، محمد كاظم بن حسين، ***كفاية‌الاصول***، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ ق.

_____________، ***كفايه‌الأصول***، ترجمه محمد مسعود عباسی، قم، انتشارات دارالفکر، چاپ اول، ۱۳۸۶.

آشتياني، محمدحسن بن جعفر، ***بحرالفوائد فی شرح الفرائد***، ذوی‌القربی، چاپ اول، ۱۴۳۰ ق.

ارسطا، محمدجواد، ***نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران***، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۹.

اسماعیلی، محسن، ***تقریرات درس حقوق اساسی ایران***، دانشگاه امام صادق ع، ۱۳۸۷.

انصاری، مرتضی‌بن محمد امین، ***الاجتهاد و التقليد***، کتابفروشی امید، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.

_____________، ***فرائد الأصول***، قم، مؤسسه دار الکتاب، ۱۳۷۷.

بروجردی، حسین، ***نهاية الأصول*** (تقریرات)، انتشارات ایران، قم، ۱۳۷۵.

جناتی، محمد ابراهیم، ***منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی***، بی‌جا، بی‌تا.

_____________، «***سیر تاریخی تقلید از اعلم***»، کیهان اندیشه، ش ۲۹.

جنتی، احمد، ***حکومت اسلامی و قانون‌گذاری***، سازمان تبلیغات اسلامی، سومین کنفرانس اندیشه اسلامی، ۱۳۶۳.

جوادی آملی، عبدالله، ***ولایت فقیه: ولایت فقاهت و عدالت***، مرکز نشر اسراء، چاپ اول، ۱۳۷۸.

حائری، کاظم، «***سیاست و حکومت***»، فصلنامه علوم سیاسی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۷۷.

_____________، «***شرط اعلمیت در رهبری***»، تنظیم از سید مفیدالدین حسینی، حکومت اسلامی، سال سوم، ش ۲

_____________، ***بنیان حکومت در اسلام*** (اساس الحکومة الاسلامیه)، وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۳۶۴.

حجت کوه‌کمره‌اي، محمد، ***كتاب البيع*** (الملحق)، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.

حسینی سیستانی، علی، ***رساله توضیح‌المسائل***، چاپ اول ۱۳۷۳.

حسینی شیرازی، محمد، ***الفقه، القانون***، بیروت، مرکز الرسول الأعظم (ص) للتحقیق و النشر، چاپ دوم، ۱۴۱۹ ق.

حکیم، محسن، ***مستمسک العروةالوثقی***، مؤسسة دارالتفسیر، قم، چاپ اول ۱۴۱۶ ق.

خامنه‌ای، علی، ***اجوبه الاستفتائات***، سازمان تبلیغات اسلامی، چاپ اول ۱۳۸۹.

__________، ***تحریرالمسائل***، کویت، دارالنبأ، چاپ دوم، ۱۴۲۸ ق.

خمینی، روح‌الله، ***انوار الهدایة فی تعلیقات علی کفایة***، مؤسسه تنظیم و نشـر آثـار امـام خمینـی (ره)، تهران، ۱۴۱۳ ق.

__________، ***تحریرالوسیله***، بی‌جا.

__________، ***تهذیب‌الأصول*** (تقریرات)، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران، ۱۳۸۲.

__________، ***کتاب‌البیع***، ترجمه مبحث ولایت فقیه (شئون و اختیارات ولی فقیه)، وزارت ارشاد اسلامی، اول ۱۳۶۵.

خوئی، ابوالقاسم، ***التنقیح فی شرح العروة الوثقی***، الجزء الاول التقلید، مؤسسه إحیاء آثار الإمام خوئی، قم، ۱۴۱۸ ق.

__________، ***الرأی السدید فی الاجتهاد و التقلید و الاحتیاط و القضاء***، مقرر: غلامرضا عرفانیان، نجف، اول ۱۳۸۶ ق.

شفیعی سروستانی، ابراهیم، ***فقه و قانونگذاری***، موسسه فرهنگی طاها، قم، چاپ اول ۱۳۸۱.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، ***مسالک‌الأفهام الی تنقیح شرایع الاسلام***، مؤسسـة المعـارف الاسـلامیه، الاولی، ۱۴۱۸ ق.

شهید اول محمد بن مكي، ***ذکری الشیعة فی احکام الشریعة***، بصیرتی، قم، بی‌تا.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ***جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام***، بیـروت، چـاپ هفـتم، بی‌تا.

صدر، محمد باقر، **اقتصادنا**، المجمع العلمی للشهید الصدر، چاپ دوم، ۱۴۰۸

__________، ***جمهوری اسلامی***، ترجمه سید جعفر حجت، انتشارات روزبه، بی‌تا

صرامی، سیف الله، ***منابع قانونگذاری در اسلام***، بوستان کتاب، قم، چاپ اول ۱۳۸۲

صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایـران، اداره کـل امـور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چاپ اول ۱۳۶۴.

طباطبایی، محمدحسین، ***المیزان فی تفسیر القرآن***، ترجمه موسوی همـدانی، سـید محمـد بـاقر، دفتـر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، پنجم، ۱۳۷۴.

علم‌الهدي، علي بن حسين، ***الذريعة الی الأصول الشريعة***، با تصـحيح و مقدمـه و تعليقـات ابوالقاسـم گرجی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۸.

فاضل موحدي لنكراني، محمد، ***تفصيل الشريعة فی شرح تحريرالوسـيله*** (الاجتهـاد و التقليـد)، دفتـر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، دوم، ۱۴۱۴ ق.

______________، ***درس خارج فقه***، جلسات سی‌وچهارم تا سی‌وهفتم، ۱۳۸۹

كديور، محسن، «***شرع شورای نگهبان در برابر قانون مجلس***»، مجله آفتاب، شماره ۲۹.

محقق حلی، جعفر بن حسن، ***معارج‌الاصول***، قم، مؤسسه آل‌البيت عليهم‌السلام، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.

محقق داماد، مصطفی، ***مباحثی از اصول فقه (دفتر دوم)***، مركز نشر علوم اسلامی، تهـران، چـاپ نهـم، ۱۳۷۹.

محقق كركي، علي بن حسين، ***رسائل***، كتابخانه آيةالله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.

مرتضوی لنگرودی، محمد حسن، ***الدر النضيد فـی الاجتهـاد و الاحتيـاط و التقليـد*** (حاشـيه‌ای بـر عروةالوثقی سيد محمد كاظم طباطبائی يزدی)، مؤسسه انصاريان، قم، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.

مصباح يزدی، محمد تقی، ***مردم‌سالاری دينی و نظريه ولايت فقيه***، به كوشـش محمـدجواد نـوروزی، انتشارات مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمينی، چاپ پنجم، ۱۳۸۹.

______________، ***نظام سياسی اسـلام*** (سلسـله دروس انديشـه‌هـای بنيـادين اسـلامی)، بـه كوشش محمدجواد نوروزی، انتشارات مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمينی، چاپ دوم، ۱۳۸۰.

مكارم شيرازی، ناصر، ***انوارالفقاهه*** (جزء الاول: كتاب البيع)، مدرسه امام اميرالمومنين، قـم، چـاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.

______________، ***تفسير نمونه***، دار الكتب الإسلامية، چاپ اول، ۱۳۷۴.

منتظری، حسينعلی، ***دراسات فی ولاية الفقيه و فقـه الدولـة الإسـلاميه***، المركـز العـالمی للدراسـات الاسلاميه، الاولی، ۱۴۰۸ ق.

مهرپور، حسين، «ضرورت تحول در قانونگذاری»، ***نامه مفيد***، سال اول، ش ۲، ۱۳۷۴.

______________، ***مجموعه نظريات شورای نگهبان*** (دوره اول از تيرماه ۱۳۵۹ تا تيرماه ۱۳۶۵)، دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۷.

ورعی، جواد، ***مبانی و مستندات قانون اساسی جمهوری اسلامی ايـران***، دبيرخانـه مجمـع تشـخيص مصلحت نظام، قم، چاپ اول، ۱۳۸۶.

يزدی، محمد، ***شرح و تفسير قانون اساسی***، مؤسسه تحقيقاتی انتشاراتی نور، ۱۳۶۸.

______________، ***مجموعه سخنرانی‌های پيرامون ولايت فقيه***، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۶۳.